



DELIBERA N. 581

28 luglio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Pia S.r.l.s. – Lavori di rifacimento pavimentazione stradale, segnaletica e sostituzione di barriera di alcuni tratti della ex T.R. Mareneve – Importo a base di gara: euro 638.134,98 – S.A. Città Metropolitana di Catania

PREC 161/2021/L

Riferimenti normativi

Artt. 47 e 89 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Avvalimento – consorzio stabile – consorziata

Massima

Requisiti del consorzio stabile – avvalimento da parte della consorziata concorrente in proprio – ammissibilità

Non si rinviene alcun divieto a che una consorziata concorrente in proprio, priva dell'attestazione SOA nella categoria richiesta ai fini della partecipazione e delle relative certificazioni di qualità, stipuli idoneo contratto di avvalimento con il consorzio stabile di cui essa fa parte ai fini del prestito del requisito, purché la S.A. verifichi l'idoneità dei requisiti stessi rispetto alle certificazioni di qualità presentate.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 luglio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 50285 del 24 giugno 2021 presentata dalla concorrente Pia S.r.l.s., consorziata del Consorzio stabile GECO S.c.a r.l., la quale rappresenta di aver partecipato alla gara in proprio tramite dichiarazione di avvalimento dei requisiti dell'attestazione SOA nella categoria OG3, e delle relative certificazioni di qualità, messi a disposizione dal Consorzio stesso in veste di ausiliario. Tale sorta di avvalimento non era tuttavia ammesso da parte della stazione appaltante, che quindi procedeva all'esclusione della consorziata. In proposito, l'istante osserva innanzi tutto che la *lex specialis* stessa richiamava il principio di carattere generale per cui l'istituto dell'avvalimento è sempre ammesso, indipendentemente dalla natura giuridica dell'operatore economico ausiliario e dai suoi legami con il concorrente ausiliato, ed inoltre che non si rinviene alcun generale divieto alla possibilità per un consorzio stabile di assumere il ruolo di ausiliario. L'istante richiama quindi il principio di tassatività delle cause di esclusione per affermare che il provvedimento adottato dalla S.A. si rivelerebbe illegittimo, e osserva che, essendo generalmente ammesso che il consorzio stabile possa utilizzare tramite avvalimento i requisiti delle proprie consorziate, anche attraverso "cumulo alla rinfusa", ciò costituirebbe argomento a favore dell'operazione inversa in cui sarebbe la consorziata ad avvalersi dei requisiti del consorzio di cui fa parte;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 13 luglio 2021, con nota prot. n. n. 54431;

VISTA la memoria della stazione appaltante Città Metropolitana di Catania, acquisita al prot. 55923 del 16 luglio 2021, con cui essa sostiene che, dal momento che il consorzio si qualifica grazie alla somma dei requisiti tecnici ed economici delle proprie consorziate, esso non potrebbe a sua volta ricoprire il ruolo di ausiliario nei confronti di una propria consorziata. La S.A. richiama inoltre il comma 6 dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 sul divieto di avvalimento a cascata, in base al quale "è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto", e lamenta che, in sede di domanda di partecipazione, non veniva dichiarato che la Pia S.r.l. fosse consorziata del Consorzio GECO S.c.ar.l.;

VISTA la memoria di C e C Infrastrutture, acquisita al prot. 56458 del 20 luglio 2021, con cui la controinteressata osserva che, attraverso l'introduzione, all'art. 47 del d.lgs. 50/2016, del comma 2-bis, sarebbe venuto meno il meccanismo del cd. cumulo alla rinfusa e non sarebbe più ammessa la sommatoria indiscriminata dei requisiti delle consorziate in capo al consorzio, e dunque il consorzio potrebbe "spendere" in gara solamente i requisiti delle consorziate espressamente indicate e non potrebbe ricoprire il ruolo di ausiliario per una delle proprie consorziate;

VISTA la comunicazione di esclusione dalla gara, con la quale la S.A. negava la possibilità di un contratto di avvalimento fra il Consorzio stabile (ausiliario) e la consorziata concorrente in proprio alla gara;

VISTO il contratto di avvalimento, in base al quale il Consorzio stabile GECO S.c.ar.l. dichiara di mettere a disposizione della Pia S.r.l. la propria qualificazione nella categoria OG 3 cl. VII e le relative certificazioni di qualità, impegnandosi altresì a mettere a disposizione specifici mezzi, attrezzature, personale e il proprio *know how* tecnologico e commerciale;

CONSIDERATO che, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, i consorzi stabili sono soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate. Si tratta, dunque, di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. L'alterità che connota tali soggetti rispetto ai propri componenti (e che vale a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari) trova indiretta conferma nel fatto della possibilità,



a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara. Quanto alla qualificazione, i suddetti operatori possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto (Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865). E' stato altresì osservato che il consorzio stabile, il cui tratto distintivo è la comune struttura di impresa, è soggetto costituito in forma collettiva che stipula il contratto in nome proprio e per conto delle consorziate alle quali affida i lavori e, in dipendenza di tale circostanza, l'attività compiuta dall'impresa consorziata si imputa al consorzio stesso, il quale si qualifica come soggetto giuridico autonomo che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese (Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, 21 ottobre 2020, n. 2696; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 21 gennaio 2019, n. 97). L'elemento essenziale per identificare l'esistenza di un consorzio stabile, come definito dall'art. 45, comma 2 lett. c), d.lgs. 50 del 2016, è la sussistenza del c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, a operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (da ultimo, Cons. Stato, n. 865/2019; Sez. V, 2 maggio 2017 n. 1984; 17 gennaio 2018, n.276). Queste considerazioni possono essere ritenute valide anche quando il consorzio rivesta la qualifica di impresa di cui ci si avvale. Pertanto la giurisprudenza non ha ravvisato alcuna illegittimità nell'assunzione in proprio (quindi senza alcuna indicazione di consorziate esecutrici) da parte del consorzio ausiliario degli impegni di cui al contratto di avvalimento, idoneo a vincolare il predetto consorzio nei confronti sia dell'ausiliata (solidalmente responsabile per le prestazioni oggetto dell'affidamento), sia della stazione appaltante (v. T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 21 novembre 2017, n. 767 confermata in appello da Cons. Stato, 27 agosto 2018, n. 5057. Da tale modulo organizzativo e gestionale discende altresì che, nei rapporti consorzio e imprese consorziate non è configurabile - nel caso in cui il consorzio si presenti nelle vesti di operatorie ausiliario - una fattispecie di avvalimento c.d. a cascata (Cons. Stato Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526. V. anche delibere Anac n. 242 dell'8 marzo 2017; n. 780 del 20 luglio 2016; n. 1379 del 21 dicembre 2016);

VISTO il parere di precontenzioso reso con delibera n. 401 del 2017 che afferma la possibilità per un consorzio stabile di prestare requisiti in qualità di impresa ausiliaria sulla scorta di un contratto di avvalimento con impresa terza priva della necessaria qualificazione e, per quanto concerne l'avvalimento della qualificazione SOA, rammenta che «la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto», bensì delle risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori;

CONSIDERATO il contratto di avvalimento relativo ad una certificazione di qualità deve mettere a disposizione (anche) l'apparato organizzativo aziendale che ha consentito all'impresa ausiliaria di conseguire l'attribuzione del requisito di qualità (Cons. Stato Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730);

RITENUTO che, nel caso di specie, l'esclusione non sia conforme alla normativa di settore, in quanto non si rinviene alcuno specifico divieto a che il consorzio ausiliario assuma in proprio gli impegni di cui al contratto di avvalimento, mettendo a disposizione requisiti suoi propri, idoneo a vincolare il predetto consorzio nei confronti sia della consorziata ausiliata sia della stazione appaltante, purché la S.A. verifichi l'idoneità dei requisiti stessi rispetto alle certificazioni di qualità presentate;



Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- l'esclusione non è conforme alla normativa di settore, in quanto non si rinviene alcuno specifico divieto a che il consorzio ausiliario assuma in proprio gli impegni di cui al contratto di avvalimento, mettendo a disposizione requisiti suoi propri, idoneo a vincolare il predetto consorzio nei confronti sia della consorziata ausiliata sia della stazione appaltante, purchè la S.A. verifichi l'idoneità dei requisiti stessi rispetto alle certificazioni di qualità presentate.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente